

*preensão ética*", no dizer de Miguel Reale — em suma, as cláusulas gerais referidas por Couto e Silva e Moreira Alves — permitirão a permanente atualização do Código evitando um envelhecimento que, na sociedade globalizada e tecnológica, avizinha-se sempre e cada vez mais rápido. Ao mesmo tempo, viabilizarão o desenvolvimento de

um direito privado pluralista como a sociedade que lhe dá origem e justificação, porém **harmônico e compreensível**, já que não necessariamente pulverizado em centenas de pequenos mundos normativos tecnicamente díspares, valorativamente autônomos e em si mesmo fechados e conclusos.

# Os Direitos Fundamentais, O Preceito da Proporcionalidade e o Recurso Constitucional Alemão\*

*Lutz Afonso Heck*

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

- I. Introdução
- II. O desenvolvimento dos princípios constitucionais na Alemanha
- III. A Situação dos direitos fundamentais na estrutura constitucional da Lei Fundamental
- IV. A tarefa e a função dos direitos fundamentais
- V. O preceito da proporcionalidade
- VI. O recurso constitucional
- VII. Conclusão

## I. Introdução

**N**o âmbito do desenvolvimento dos princípios constitucionais,<sup>1</sup> realizado pelo Tribunal Constitucional Federal, destaca-se, entre outros, o preceito da proporcionalidade, derivado do princípio do Estado de Direito. Além disso, esse preceito também é inerente aos direitos fundamentais, cuja proteção processual-constitucional pelo Tribunal Constitucional Federal realiza-se principalmente por meio do recurso constitucional.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é oferecer uma visão de conjunto, des-

\* O autor deste artigo gostaria de agradecer à FAPERGS (Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul) pela bolsa de professor visitante por ela concedida, que permitiu a feitura deste artigo, expressão de parte da pesquisa realizada no e para o Curso de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em outras palavras, com e para os alunos do Curso de Mestrado desta Universidade.

1. Trata-se de 5 (cinco) princípios constitucionais, a saber:

- a) O princípio do Estado de Direito e o princípio Republicano, que estão no artigo 28, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental: "A ordem constitucional nos estados tem de corresponder aos princípios do Estado de Direito republicano, democrático e social no sentido desta Lei Fundamental." O Tribunal Constitucional Federal, em suas fórmulas decisórias, também situa o princípio do Estado de Direito no artigo 20, alínea 3, da Lei Fundamental: "O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional, o poder executivo e o poder judiciário, à lei e ao Direito." O princípio Republicano não recebeu, praticamente, a atenção do Tribunal Constitucional Federal.
- b) O princípio do Estado Social, o princípio Democrático e o princípio Federativo, que estão no artigo 20, alínea 1, da Lei Fundamental: "A República Federal da Alemanha é um Estado Federal democrático e social."

critiva e não analítica,<sup>2</sup> de certos elementos essenciais situados na área dos direitos fundamentais, do preceito da proporcionalidade e do recurso constitucional.<sup>3</sup>

Dentro deste contexto, mostra-se também a finalidade deste artigo, ou seja, contribuir para um modo de compreensão dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, que é pressuposto constitutivo e condicionante do desenvolvimento e aperfeiçoamento dos meios de proteção processuais-constitucionais desses direitos fundamentais.

## II. O Desenvolvimento dos Direitos Fundamentais na Alemanha

Os direitos fundamentais, que o início do séc. XVIII, com as declarações dos direitos do homem, o *Bill of Right* na América do Norte e as declarações francesas de 1789-1795, começaram seu caminho vitorioso obtiveram, no séc. XIX, apenas de forma vacilante entrada nas constituições de determinados estados alemães, como, por exemplo, nas Constituições de Bayern e

Baden de 1818, Württemberg de 1819 e, mais tarde, na Constituição de Preußen em 1850. Entretanto, mesmo como partes integrantes nessas constituições, os direitos fundamentais não desempenharam um papel relevante digno de menção.

Um dos resultados dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de Frankfurt, em 1848, foi a elaboração de um catálogo amplo de direitos fundamentais como elemento constitutivo da Constituição Imperial de 1849. Essa tentativa, entretanto, malogrou. O Império Alemão, fundado em 1871 não estava assentado sobre a base do direito do povo, senão sobre os direitos dos príncipes. Em consequência, a Constituição do Império de 1871 não possuía direitos fundamentais.

Com a passagem para a forma de estado republicana e democrática após a revolução de 1918, os direitos fundamentais obtiveram entrada pela primeira vez na Constituição Imperial. Na Assembléia Constituinte de 1919 foi defendida a idéia de que, com o fim da monarquia, deveria caber aos direitos fundamentais, sobretudo, significado integrador. Porém, igualmen-

te durante a época de Weimar, os direitos fundamentais não alcançaram desenvolvimento e eficácia amplo. Muito forte ainda atuava o passado e, para a concepção dominante, tanto na jurisprudência como na literatura, não valia outra coisa: essa concepção notava o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais - na continuação nomeadamente da doutrina de Georg Jellinek, a qual viu o essencial dos direitos fundamentais em sua peculiaridade como formas de autolimitação estatal e domínio da vontade estatal emprestado -, em uma mera modificação da situação legal especial existente e interpretou, em conformidade com isso, os direitos fundamentais antes jurídico-privada e jurídico-administrativamente do que jurídico-estatalmente. A partir daqui os direitos fundamentais foram considerados, em princípio, como expressão do direito à liberdade de coação à margem da lei. Asseguramentos jurídicos contra rompimentos, escavações, modificação ou suspensão não havia porque eram incompatíveis com esse modo de entendimento dos direitos fundamentais.

Após 1945 houve, na Alemanha, a aspiração de fundamentar e firmar, tão seguramente quanto possível, humanidade e liberdade, que não podiam ser considera-

das como bases evidentes da estatalidade. Assim, a nova ordem está fundada, no artigo de entrada da Lei Fundamental, sobre o princípio supremo incondicional e indisponível da intangibilidade da dignidade da pessoa (artigo 1º, alínea 1, da Lei Fundamental)<sup>4</sup> e o reconhecimento de direitos do homem invioláveis e inalienáveis (artigo 1º, alínea 2, da Lei Fundamental).<sup>5</sup> Direitos fundamentais e as possibilidades de sua limitação estão normalizados em detalhes por direito constitucional positivo. A Lei Fundamental procura assegurar tão firme quanto possível a validade jurídica dos direitos fundamentais e submete a sua observância a um controle judicial amplo.

Isso que está iniciado na Lei Fundamental a jurisprudência, sobretudo aquela do Tribunal Constitucional Federal, desdobrou, completou e aperfeiçoou.<sup>6</sup> A mesma tarefa, em um dar e tomar alternante com a jurisprudência, assumiu a Ciência do Direito do Estado, que hoje tomou outros caminhos em comparação com aqueles da época de Weimar. Ao todo, isso conduziu a uma situação na qual os direitos fundamentais determinam e enformam não apenas a vida estatal mas a vida jurídica global da República Federal. Aos direitos fundamentais cabe um significado até agora desco-

2. Sigo, no essencial, os trabalhos seguintes: HESSE, Konrad. *Bedeutung der Grundrechte*, in: BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner und VOGEL, Hans-Jochen, *Handbuch des Verfassungsrecht*, 2. Aufl. Berlin-Ney York: 1994, S. 127 ff.; ders., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. Heidelberg: 1995, S. 125 ff; ders., *Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel*, in: JZ, 1995, S. 265 ff.; HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 138 e seguintes, 167 e seguintes; do mesmo autor, *O recurso constitucional na sistemática jurisdiccional-constitucional alemã*, in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, out./dez. 1994, p. 115 e seguintes; Ademais, STERN, Klaus. *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, in: ISENSEE, Josef und KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Heidelberg: 1992, S. 11 ff; DENNINGER, Erhard. *Menschenrechte und Staatsaufgaben - ein "europäisches" Thema*, in: JZ, 1996, S. 585 ff.

3. Tendo em vista os limites deste artigo, não será possível ocupar-me com questões relativas aos direitos fundamentais individuais e nem com questões que dizem respeito aos direitos de ter parte ou a prestações, direitos sociais e determinações de objetivos estatais. Uma visão de conjunto, ampla e bem informadora, a esse respeito encontra-se em MURSWIEK, Dietrich. *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, in: ISENSEE, Josef und KIRCHHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Heidelberg: 1992, S. 243 ff.

4. Artigo 1º, alínea 1: "A dignidade da pessoa é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal."

5. Artigo 1º, alínea 2: "O povo alemão confessa-se por direitos do homem invioláveis e inalienáveis como base de cada comunidade humana, da paz e da justiça no mundo."

6. Aqui deve ser mencionado o desenvolvimento amplo que o Tribunal Constitucional Federal deu aos princípios constitucionais, que se mostra sobretudo pela derivação de preceitos desses princípios. Assim, por exemplo, do princípio do Estado de Direito: preceito da proporcionalidade, preceito da certeza jurídica e da proteção à confiança, preceito da justiça material, preceito da precisão legal, preceito da máxima proteção jurídica, direito ao juiz natural, direito a um procedimento honesto, princípio da separação dos poderes, preceito da igualdade geral. Do princípio democrático: partidos políticos, cidadão, corrente de legitimação democrática, proteção da minoria parlamentar. Do princípio federativo: aspectos da estrutura federativa, preceito constitucional da conduta federativa amistosa. Mas também do princípio do Estado Social: como diretiva configuradora, como direito a ter parte. Ver, também, *infra*, nota 8 e número V.

nhcido na história do Direito Constitucional alemão.

### III. A Situação dos Direitos Fundamentais na Estrutura Constitucional da Lei Fundamental

Como primeira constituição alemã estatal-global, a Lei Fundamental coloca o catálogo de direitos fundamentais no início da constituição.<sup>7</sup> Ela dá, com isso, expressão a um traço fundamental da nova ordem estatal-jurídica e democrática: o significado constitutivo dos direitos fundamentais para essa ordem após a época de desprezo e

violações graves pelo regime nacional-socialista.

Este catálogo naturalmente não é conclusivo. Também em outros títulos da Lei Fundamental direitos estão garantidos, que são considerados como direitos fundamentais<sup>8</sup> e que no Direito do Estado antigo alemão também encontraram acolhida nos catálogos de direitos fundamentais das constituições.

Em sua totalidade, todavia, os direitos fundamentais da Lei Fundamental limitam-se, no essencial, aos direitos do homem e do cidadão clássicos.

7. Esse catálogo de direitos fundamentais compreende o artigo 1º ao 19 da Lei Fundamental, a saber:

- Artigo 1º: proteção da dignidade humana;
- Artigo 2º: direitos de liberdade;
- Artigo 3º: igualdade diante da lei;
- Artigo 4º: liberdade de crença e confissão;
- Artigo 5º: liberdade de opinião e de imprensa, liberdade artística e científica;
- Artigo 6º: casamento, família, filhos não-legítimos;
- Artigo 7º: ensino;
- Artigo 8º: liberdade de reunião;
- Artigo 9º: liberdade de associação, proibição de medidas contra conflitos coletivos de trabalho;
- Artigo 10: segredo de correspondência, postal e de telecomunicações;
- Artigo 11: liberdade de circulação;
- Artigo 12: liberdade da escolha da profissão, proibição de trabalho forçado;
- Artigo 12a: serviço militar e outras obrigações de serviço;
- Artigo 13: inviolabilidade do domicílio;
- Artigo 14: propriedade, direito de herança, desapropriação;
- Artigo 15: socialização;
- Artigo 16: desnaturalização, extradição;
- Artigo 16a: direito de asilo;
- Artigo 17: direito de petição;
- Artigo 17a: limitação de direitos fundamentais em prestadores de serviço militar e do serviço substitutivo;
- Artigo 18: perda de direitos fundamentais; e,
- Artigo 19: restrição de direitos fundamentais.

8. Os artigos, nos quais esses direitos se encontram, são os seguintes:

- Artigo 20, alínea 4: direito de resistência;
- Artigo 33: equiparação cívica de todos os alemães;
- Artigo 38: eleição;
- Artigo 101: proibição de tribunais de exceção;
- Artigo 103: direitos fundamentais do réu; e,
- Artigo 104: garantias jurídicas na privação da liberdade.

### IV. A Tarefa e a Função dos Direitos Fundamentais

#### 1. As várias camadas dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais devem criar e manter pressupostos essenciais de uma vida em liberdade e dignidade humana. Isso apenas se deixa alcançar quando a liberdade da vida em comunidade é garantida da mesma forma como a liberdade individual. Ambas estão relacionadas mutuamente de modo inseparável. Liberdade do particular somente pode haver em uma comunidade livre; ao contrário, essa liberdade pressupõe homens e cidadãos que são capazes e dispostos a decidir mesmo sobre seus próprios assuntos e a cooperar auto-responsavelmente nos assuntos da comunidade.<sup>9</sup>

Essa conexão enforma a peculiaridade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais, ou seja, eles garantem não só direitos subjetivos do particular, mas também princípios fundamentais objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática, bases do estado e de sua ordem jurídica por ela constituída. Nesse caráter duplo os direitos fundamentais mostram camadas de significado distintas que cada vez condicionam, protegem e completam reciprocamente. Direitos fundamentais produzem efeito legitimador, criador e mantenedor de consenso; eles asseguram liberdade individual e limitam poder estatal, são significativos para procedimentos

democráticos e estatal-jurídicos, influenciam, cada vez na proporção de seu alcance, a ordem jurídica global e cumprem nisso, em uma parte essencial, a função de integração, de organização e de orientação jurídica da constituição.

#### 2. Direitos fundamentais como direitos individuais de defesa e de cooperação

As garantias jurídico-fundamentais da Lei Fundamental e o asseguramento especial de sua validade têm, diante do pano de fundo do desenvolvimento histórico na Alemanha, a tarefa de defesa de intervenções estatais na esfera da vida individual. Esse também é o ponto de partida da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, no qual ele se ateve até o presente: segundo sua história e seu conteúdo atual, os direitos fundamentais são, em primeiro lugar, direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, que têm como objeto a proteção de setores da liberdade humana concretos, especialmente postos em perigo. O Tribunal Constitucional Federal pôs-se desde o início como tarefa a formação da proteção efetiva dos direitos fundamentais. Pelo esclarecimento e fixação do conteúdo normativo e do alcance dos direitos fundamentais individuais, de sua relação recíproca e dos pressupostos de sua limitação o tribunal, em comparação com o passado, levou a cabo eficácia dos direitos fundamentais real, essencialmente aumentada. Nis-

9. Aqui se mostra principalmente o modo de compreensão que o Tribunal Constitucional Federal, também a doutrina, tem dos direitos fundamentais e dos seus titulares. Não se trata de operar, no caso concreto, com conceitos supra-históricos, supratemporais, de antemão já dados e determinados, senão se parte de um enunciado concreto, simultaneamente limite, a norma, contida na Lei Fundamental, cujo âmbito de abstração está contextualizado e condicionado pela realidade cultural e social, a qual, cada vez, em grande medida, deve ser averiguada e racionalmente circunscrita.

so, ele deixou-se guiar pelo entendimento de que a amplitude de proteção de um direito fundamental somente pode ser compreendido em vista dos fatos da realidade social, que, por conseguinte, uma transformação desses fatos não pode ficar desconsiderada na interpretação. Isso, por exemplo, alcançou significado na determinação do alcance da garantia da propriedade ou da liberdade de radiodifusão.

Nesse significado corrente e geralmente reconhecido não se esgota o conteúdo de sentido dos direitos fundamentais como direitos subjetivos. Ao significado defensivo, negativo dos direitos fundamentais corresponde, antes, um significado positivo mal menos importante: trata-se das pessoas também fazerem uso dessa liberdade. Primeiro em uma tal atualização podem autodeterminação do particular e cooperação auto-responsável na vida política, social, econômica e cultural ganhar realidade, pode a ordem liberal da Lei Fundamental ganhar vida. Isso se mostra especialmente claro no direito à livre manifestação da opinião, que para uma ordem estatal liberal democrática é simplesmente constitutiva, porque ele primeiro possibilita a discussão espiritual constante, a luta de opiniões, que é o seu elemento vital. Nisso, pode exatamente esse direito aceitar o caráter de um direito de cooperação.

### 3. Direitos fundamentais como princípios objetivos

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular contra intervenções estatais ilegais corresponde seu significado jurídico-objetivo como prescrições de competência

negativas. Competências legislativas, administrativas e judiciais sempre encontram seus limites nos direitos fundamentais. Esses subtraem o âmbito por eles protegido da competência estatal e proibem, nisso, uma intervenção.

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que são garantidos por causa de sua atualização, corresponde seu significado como partes integrantes fundamentais da ordem democrática, estatal-jurídica e, em parte menor, da federal, as quais, por sua vez, primeiro podem ganhar realidade quando, pela atualização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, são preenchidos com vida.

Desse modo, os direitos fundamentais atuam no quadro da ordem estatal-jurídica como limites para a atuação estatal, como garantias de bases da ordem jurídica, especialmente também de institutos centrais da ordem jurídica privada. Eles obrigam a proteção dos conteúdos garantidos, nomeadamente por procedimento adequado. Da mesma forma, a ordem democrática da Lei Fundamental encontra sua conformação jurídica em grande medida nos direitos fundamentais, nos princípios da eleição geral, livre, igual e secreta, da igualdade de oportunidades dos partidos políticos, da liberdade da confissão religiosa e ideológica, da liberdade de opinião, de reunião e de associação. Esses direitos fundamentais normalizam e asseguram a participação livre e igual do cidadão na formação da vontade política, além disso, a proteção da atividade e oportunidade igual de minorias políticas e a formação da opinião pública: ao todo, a liberdade e abertu-

ra do processo político como traço decisivo da democracia da Lei Fundamental. No quadro da ordem federal, os direitos fundamentais criam um standart uniforme jurídico-constitucional de direitos e princípios que fundamenta uma certa homogeneidade e, nesse efeito, pertence à estatalidade federal atual.

A interpretação geral dos direitos fundamentais como princípios objetivos da ordem jurídica global ultrapassa esse significado para a vida estatal, como o Tribunal Constitucional Federal a desenvolveu. Ela encontrou sua moldagem na fundamental sentença-Lüth de 15 de janeiro de 1958. De acordo com isso, os direitos fundamentais estão, sem dúvida, determinados em primeiro lugar a isto, assegurar a esfera de liberdade do particular diante de intervenções do poder público. Simultaneamente, porém, a Lei Fundamental, que não quer ser uma ordem neutra de valores, em sua intenção de direitos fundamentais implantou também uma ordem de valores objetiva e, nisso, se expressa um fortalecimento especial da obrigatoriedade dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem o seu ponto central na personalidade humana, a qual se desenvolve livremente no interior da comunidade social, e na sua dignidade, tem de, como decisão fundamental

jurídico-constitucional, valer para todos os setores do direito; legislação, administração e jurisdição obtém desse sistema linhas diretivas e impulsos.

O decisivo dessa compreensão de direitos fundamentais alargada foi o afastamento da concepção de direitos fundamentais formal dominante até então e o volver para uma ordem jurídica material, que compreende esta dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e, nisso, entende esses como princípios supremos, subtraídos a uma relativização. A fundamentação dessa concepção encontrou críticas.<sup>10</sup> Todavia, a idéia de que os direitos fundamentais contém princípios normativos supremos da ordem jurídica impôs-se geralmente hoje.

Essa concepção conduz a repercussões de grande alcance, que na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal aparecem em toda a parte no setor dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais influenciam o direito global, inclusive o direito organizacional e procedimental, não só na medida em que ele tem como objeto relações jurídicas do cidadão com o poder público, mas também enquanto ele regula relações jurídicas de pessoas privadas. Nisso, os direitos fundamentais são decisivos tanto para o legislador como para

10. A objeção consiste em que o recurso a valores - questionados em uma sociedade pluralista - não possibilita uma interpretação dos direitos fundamentais segundo regras claras e previsíveis, conduz a um desembocamento de valorações subjetivas do juiz e, com isso, a perdas para a certeza jurídica. Todavia, a jurisprudência expressou aqui - sob a influência viva das experiências da década precedente - somente aquilo que deve ser e ficar o sentido histórico e núcleo irrenunciável dos direitos fundamentais constituídos pela nova ordem: a relação desses direitos aos direitos do homem, como sua base e fonte legitimadora. Para a interpretação de certos direitos fundamentais, a idéia do sistema de valores foi um início em vista da situação, na qual faltava ainda, em grande medida, em uma assimilação do conteúdo normativo concreto e do alcance dos direitos fundamentais individuais, da sua relação recíproca e dos pressupostos de sua limitação. Essa assimilação foi a obra da jurisprudência atual, no conjunto, contínua. Ela desenvolveu um estado firme de pontos de vista e regras, que possibilita decidir determinadas questões de direitos fundamentais com auxílio de um instrumentário jurídico adequado e evitar, em grande medida, o recurso repentino a valores.

as instâncias aplicadoras do direito que, no estabelecimento, interpretação e emprego das normas jurídicas têm de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais. Para o direito privado - para outros setores do direito vale, no essencial, o mesmo - o Tribunal Constitucional Federal circunscreveu essa influência no sentido de que o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, como normas objetivas, se desenvolve por meio das prescrições que dominam diretamente esse setor jurídico. Do sistema de valores jurídico-fundamental aflui para essas prescrições um conteúdo jurídico-constitucional específico, que desde então determina sua interpretação. Um conflito de tais normas de conduta do direito civil, jurídico-fundamentalmente influenciadas, permanece material e processualmente um conflito jurídico civil; direito civil é interpretado e empregado, embora sua interpretação tenha de seguir a constituição. Direito Constitucional e direito ordinário, com isso, se engrenam com a consequência que a amplitude do controle jurídico-constitucional da decisão tomada pode converter-se em problema.

Além dessas repercussões, a compreensão dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas da ordem jurídica é de significado fundamental, não apenas teórico, para as tarefas do Estado. Porque a vinculação do poder legislativo, executivo e judiciário aos direitos fundamentais (artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental)<sup>11</sup> contém desse ponto de partida não apenas uma obrigação (negativa) do Estado de omitir

intervenções nos âmbitos protegidos jurídico-fundamentalmente, mas também uma obrigação (positiva) de tudo fazer para realizar direitos fundamentais, mesmo que para isso não exista um direito subjetivo do cidadão.

## V. O Preceito da Proporcionalidade

As raízes do preceito da proporcionalidade estão no princípio do Estado de Direito, razão pela qual é deste derivado e tem, por isso, status constitucional. Da mesma forma, o preceito da proibição de excesso, que, em consonância com a situação concreta, é conjugado com o preceito da proporcionalidade.

O preceito da proporcionalidade é, também, resultante dos direitos fundamentais. Esses, como direitos defensivos, têm um conteúdo de proporcionalidade distintamente reconhecível; em sua interpretação e aplicação, a jurisprudência desenvolveu critérios, praticáveis e no geral reconhecidos, para o controle de intervenções estatais, como, por exemplo, o preceito da proporcionalidade. Nesse contexto, e esta é a sua configuração geral, o preceito da proporcionalidade exige que o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas; uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Desta forma, a intervenção precisa ser apropriada e necessária para

alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, ou seja, deve poder ser dele exigível.

Para expor a configuração particular do preceito da proporcionalidade é necessário verificar em que setores jurídicos, configuradores, o Tribunal Constitucional Federal o aplicou.

### 1. Direito Penal

Aqui o preceito da proporcionalidade expressa-se pelo preceito da adequação da pena, ou seja, a pena deve manter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do autor; a pena aplicada não deve exceder a culpa do autor. O princípio da culpa, em suas consequências limitantes à pena, corresponde, nessa medida, à proibição de excesso.

### 2. Direito Processual Penal

#### 2.1. Busca e apreensão

A aplicação dessas medidas coercitivas está, desde o início, submetida ao preceito da proporcionalidade. A intervenção correspondente deve estar numa relação adequada com a gravidade do delito e com a intensidade da suspeita existente; além disso, essa medida será aplicada estritamente quando necessária para a investigação e o seguimento do delito. Isso não é o caso quando outros meios, menos incisivos, estão à disposição. Por fim, a busca deve prometer o êxito de fornecer provas apropriadas. O juiz deve, antes de ordenar a busca e apreensão, pelo menos, constatar se o preceito da proporcionalidade está mantido.

### 2.2. Prisão preventiva

O preceito da proporcionalidade tem significado não apenas para a determinação da prisão preventiva, mas também para a sua duração. A prisão preventiva, em vista da sua duração, deve, sobretudo, guardar relação com a provável pena que é esperada. Mas, independentemente da pena esperada, o preceito da proporcionalidade estabelece limites à duração da prisão preventiva. O exame dessa relação cabe, em princípio, aos tribunais ordinários. A intervenção na liberdade só deve ser admitida se, e na medida em que, por um lado, há dúvidas justificadas quanto à inocência do suspeito em razão da grande suspeita, amparada em pontos de apoio concretos, e por outro, se o legítimo direito da sociedade ao esclarecimento completo do fato e à rápida sanção contra o autor não puder ser garantido de outra forma que não a prisão provisória do suspeito. A perseguição de outros fins por meio da prisão preventiva está, em qualquer caso, excluída. A prisão preventiva não deve, particularmente, à maneira de uma pena, antecipar a proteção de um bem jurídico a que o Direito Penal material deve servir.

#### 2.3. Execução de pena privativa de liberdade

É necessário pesar com cuidado se a intervenção, admissível, na liberdade da pessoa, garantida pela constituição, permanece nos limites impostos pelo preceito da proporcionalidade. Se a Lei Fundamental caracteriza a liberdade da pessoa como inviolável, então é porque uma decisão constitucional fundamental foi tomada, no sentido de dever considerar-se esse direito

11. Artigo 1º, alínea 3: "Os direitos fundamentais seguintes vinculam legislação, poder executivo e judiciário como direito diretamente vigente."

à liberdade como um bem jurídico especial, que somente pode ser restringido diante de motivos importantes.

## 2.4. Intervenção no direito fundamental à integridade corporal

Na apreciação da intervenção nesse direito fundamental, entra em questão a ponderação sobre os interesses conflitantes com a observância do preceito da proporcionalidade. Se dessa ponderação resultar que os interesses, opostos à intervenção, do inculcado, no caso concreto, pesam manifesta e essencialmente mais em comparação com aqueles aos quais a medida estatal deve servir, então, a intervenção, apesar de havida, viola o preceito da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do inculcado, inscrito no artigo 2º, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental.<sup>12</sup> No juízo acerca dessa questão podem exigir atenção, sobretudo, o tipo, a extensão e o tempo provável do procedimento criminal, a espécie e a intensidade do dano temido, bem como as possibilidades de reação contra elas.

## 2.5. Aconselhamento jurídico às testemunhas

Com o postulado da continuidade de uma administração judicial funcionalmente apta e eficaz não seria compatível a admissão, em todos os casos, ilimitada do aconselhamento jurídico às testemunhas. O preceito da proporcionalidade pede, ao contrário, uma avaliação confrontadora do di-

reito das testemunhas e do interesse público em vista da eficiência do processo penal e processos semelhantes, a ser efetuada pelas autoridades e tribunais sob a consideração de todas as circunstâncias, pessoais e reais, do caso concreto.

## 3. Direito administrativo

### 3.1. Limites ao exercício da profissão

Para a constitucionalidade das regulações legais do exercício da profissão, o preceito da proporcionalidade tem, como critério normativo, os significados seguintes:

a) o legislador somente pode limitar o livre exercício da profissão no interesse do bem-estar comum e para a solução daquelas tarefas objetivas, que podem justificar o seu tornar-se ativo e não contrariam a ordem de valores da Lei Fundamental. Além disso, o legislador deve ter condições de poder justificar a intervenção nesse direito fundamental com considerações apropriadas e razoáveis e não deve abusar de sua potestade legislativa para fins inadequados;

b) o meio empregado pelo legislador deve ser apropriado e necessário para alcançar a finalidade almejada. O meio é apropriado se, com o seu auxílio, o resultado desejado pode ser promovido; é necessário, se o legislador não pôde escolher um outro meio, igualmente eficaz, porém, não limitante desse direito fundamental, ou, sequer menos perceptível;

c) numa harmonização global entre a gravidade da intervenção, o peso e a urgência dos motivos que a justificam, o limite da exibilidade ainda precisa estar mantido. Quanto mais sensivelmente os exercitantes profissionais são afetados, tanto mais fortes devem ser os interesses do bem-estar comum, a cuja serventia essa regulação é determinada.

### 3.2. Desapropriação

Toda a intervenção no domínio dos direitos fundamentais encontra-se submetida ao preceito da proporcionalidade dos meios. Isso também se aplica à desapropriação. Na propriedade, protegida pelos direitos fundamentais, só pode haver interferência por meio da desapropriação se o projeto servir ao bem público. Além disso, o preceito da proporcionalidade ordena que o meio da desapropriação deve ser estritamente necessário para que se possa executar o projeto servente ao bem público. Consoante com o preceito da proporcionalidade, todavia, uma desapropriação não é imprescindível se a sua finalidade pode ser realizada de outras formas, menos incisivas, sobretudo por meio do livre acordo sob condições adequadas.

### 3.3. Direito à liberdade de ação

O preceito da proporcionalidade oferece a medida com a qual o direito à liberdade de ação pode ser limitado. Ao mesmo tempo impõe limites à intervenção estatal e, com isso, determina o alcance desse direito fundamental. Esses limites devem ser averiguados por meio da pesagem dos inte-

resses que entram em consideração. Quanto mais a intervenção legal tocar formas de expressão elementares da liberdade humana, com tanto maior diligência devem ser ponderados os fundamentos, apresentados à sua justificação, contra a pretensão fundamental à liberdade dos cidadãos. Isso significa, antes de tudo, que o meio da intervenção para alcançar a finalidade legislatória deve ser apropriado e que não deve onerar o particular em excesso.

### 3.4. Regulação de taxas

A taxa imposta ao particular deve guardar relação com a finalidade pretendida pela regulação. Limites gerais são fixados pelo preceito da proporcionalidade, conjugado com o artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental.<sup>13</sup> Nisso devem ser incluídas, na consideração da proporcionalidade, todas as finalidades, constitucionalmente admitidas, perseguidas por meio de uma regulação de taxas, como fatores de ponderação.

### 3.5. Atividade das autoridades administrativas

No Estado de Direito, a atividade das autoridades administrativas nunca é "completamente livre", também quando elas, embasadas em determinações legais, estão autorizadas a proceder segundo a sua discricção. Então, igualmente, ficam vinculadas aos preceitos estatais-jurídicos gerais, como a proibição de arbitrariedade e o preceito da proporcionalidade. Este, juntamente com o preceito da proibição de excesso, estende-se, como regra diretiva, a todas as

12. Artigo 2º, alínea 2: "Cada um tem o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade da pessoa é inviolável. Nesses direitos só poderá haver intervenção baseada em lei."

13. Artigo 3º, alínea 1: "Todas as pessoas são, diante da lei, iguais."



atuações estatais e, com isso, também a liberdade de conformar do legislador é, por ambas, limitada.

#### 4. Direito Civil

##### 4.1. Garantia da propriedade privada

###### 4.1.1. Artigo 14, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental<sup>14</sup>

Pela prescrição constitucional, a propriedade privada é garantida. As disposições legais, promulgadas pelo legislador, já não são constitucionais porque o direito a ser aplicado no futuro corresponde à Lei Fundamental. Depende, adicionalmente, muito mais que a intervenção nas posições jurídicas, fundadas no direito antigo, esteja de acordo com a Lei Fundamental. Com isso, novas regulações legais, que intervêm em posições fundadas no passado, somente são admissíveis se justificadas por razões de interesse público sob a consideração do preceito da proporcionalidade.

###### 4.1.2. Artigo 14, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental<sup>15</sup>

O poder normativo do legislador que emana do artigo 14, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental, não é ilimitado. O legislador deve observar a decisão básica de valores da Lei Fundamental em prol da propriedade privada e, também, manter-se de acordo com todas as outras normas constitucionais. A forma de determinação do conteúdo e limites da propriedade não

deve ser discordante da coisa nem intervir, sem fundamento ou em excesso, nos interesses dos participantes. Uma regulação, consoante com a determinação fundamental em questão, está, em outras palavras, sob o preceito da proporcionalidade. A limitação das faculdades de domínio deve ser apropriada e necessária para o alcance dos fins desejados e não deve, para não ser inexigível, onerar em excesso.

##### 4.2. Adoção

Se uma adoção-incógnita tornar-se necessária para assegurar o desenvolvimento saudável da criança, então, o interesse pela continuação das relações de parentesco deve retroceder. Essa apreciação funda-se especialmente no preceito da proporcionalidade.

#### 5. Direito Processual Civil

A garantia constitucional dos direitos fundamentais e os preceitos constitucionais, derivados do princípio do Estado de Direito, também exigem validade nos respectivos direitos processuais, particularmente no âmbito do procedimento de execução forçada. Isso toca, sobretudo, ao preceito constitucional da proporcionalidade entre meio e fim.

#### 6. Direito Tributário

O preceito que se infere do artigo 2º, alínea 1, da Lei Fundamental,<sup>16</sup> de que somente se pode chamar para o pagamento

de impostos nos limites da ordem constitucional, contém a proibição de excesso, resultante do princípio do Estado de Direito, ou seja, o contribuinte não deve ser invocado a um imposto patrimonial desproporcionado. Nesse contexto, no âmbito do imposto de renda, a justiça requer, na direção da igualdade proporcional, que o economicamente mais capaz pague uma porcentagem maior de sua renda, como imposto, do que o economicamente mais fraco.

#### VI. O Recurso Constitucional

Uma análise da jurisdição constitucional alemã revela que o recurso constitucional não apenas é um dos seus elementos essenciais mas também simultaneamente a sua própria medula que vitaliza os direitos fundamentais. A tarefa do Tribunal Constitucional Federal concentra-se na proteção dos direitos fundamentais que se realiza precipuamente pelo recurso constitucional.<sup>17</sup> Entre outras coisas, o recurso constitucional é o único meio processual que possibilita submeter diretamente a omissão legislativa ao controle jurídico.

Inicialmente a Lei Fundamental não continha o recurso constitucional, sendo nela introduzido pela décima nona lei

modificadora para a Lei Fundamental, de 29 de janeiro de 1969 (artigo 93, alínea 1, número 4a e número 4b).<sup>18</sup> Até então, a competência do Tribunal Constitucional Federal relativa ao recurso constitucional provinha dos §§ 90 e 91 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,<sup>19</sup> que têm o seu fundamento jurídico no artigo 93, alínea 2, da Lei Fundamental.<sup>20</sup>

##### 1. Definição e natureza jurídica do recurso constitucional

O recurso constitucional é “o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação, sustentada, de um direito constitucional do promovente por meio de um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser decidido”.

A natureza jurídica do recurso constitucional é a de um recurso extraordinário. De um lado, porque ele não se constitui em um recurso suplementar para os procedimentos perante os tribunais ordinários, inclusive os administrativos; ele não se coloca como opção ao lado de outros recursos nem como possibilidade de simplificar ou de contornar as outras vias judiciais previstas. De outro lado, devido à excepcionalidade, motivada pela certeza jurídica, do questionamento de decisões

14. Artigo 14, alínea 1, frase 1: “A propriedade e o direito de herança serão garantidos.”

15. Artigo 14, alínea 1, frase 2: “Conteúdo e limites serão determinados por leis.”

16. Artigo 2º, alínea 1: “Cada um tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não viola os direitos alheios e não infringe a ordem constitucional ou a lei moral.”

17. A via jurídica mais usada para o Tribunal Constitucional Federal é aquela do recurso constitucional.

18. Artigo 93, alínea 1: “O Tribunal Constitucional Federal decide:”

número 4a: “acerca de recursos constitucionais, que podem ser propostos por qualquer pessoa com a alegação de estar sendo violada pelo poder público em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental.”

número 4b: “acerca de recursos constitucionais de municípios e de uniões de municípios, devido à violação do direito à autonomia administrativa segundo o artigo 28, por meio de lei, mas, com leis estaduais, somente na medida em que não for possível propor recurso no tribunal constitucional estadual.” Trata-se, neste caso, do recurso constitucional comunal.

19. § 90: pressupostos do recurso constitucional em geral; § 91: recurso constitucional dos municípios e das uniões de municípios.

20. Artigo 93, alínea 2: “O Tribunal Constitucional Federal tornar-se-á ativo, ademais, nos casos ainda a ele atribuídos por meio de lei federal.”

provenientes de outros tribunais, transitadas em julgado no sentido formal, e de decisões não-impugnáveis de autoridades.

## 2. A Dupla Função do Recurso Constitucional

Essa característica do recurso constitucional aparece, na jurisprudência constitucional, pela primeira vez na BVerfGE (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung=decisão do Tribunal Constitucional Federal) 33, 247 (258 e seguintes). Nessa decisão se expõe a função subjetiva e a função objetiva do recurso constitucional, o que já fora tratado pela doutrina, estando, hoje, assente.

A função subjetiva mostra-se na garantia da proteção jurídica individual. O recurso constitucional é um meio de proteção jurídica, concedido ao cidadão, para efetivar processualmente os direitos fundamentais ou os direitos de igual categoria. Nas decisões relativas ao recurso constitucional a atividade do Tribunal Constitucional Federal funciona em defesa dos direitos fundamentais. Essa função subjetiva também decorre do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,<sup>21</sup> configurando-se, ainda, no § 90, alínea 2, frase 2, da lei mencionada.<sup>22</sup>

A função objetiva, por sua vez, revela-se na defesa e desdobramento da Lei Fundamental. Assim, além dessa função subjetiva, o recurso constitucional presta-se também à defesa do direito constitucional objetivo e à sua interpretação e desenvolvimento. Na medida em que submete o exercício de todo o poder estatal ao critério dos direitos fundamentais por meio de um controle resgatável do singular, ele também esclarece e vivifica esse âmbito jurídico central, como, ainda, solidifica a sua validade na vida jurídica. O recurso constitucional serve, nesse contexto, ao esclarecimento de questões constitucionais, motivando a proteção da constituição, com a qual significa a estabilização do sistema. Essa função objetiva também se justifica por meio de dedução legal: artigo 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental,<sup>23</sup> § 93a, alínea 2, letra a,<sup>24</sup> e § 90, alínea 2, frase 2, ambos da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

## 3. Objeto

Qualquer pessoa tem legitimidade para promover um recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada em algum dos seus direitos fundamentais ou em al-

21. § 93a, alínea 2: "Ele [o recurso constitucional] deve ser admitido para a decisão:"

b) "se está indicada a realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1; este também pode ser o caso quando sucede um especial prejuízo grave ao promovente por meio da denegação da decisão sobre a matéria."

22. § 90, alínea 2, frase 2: "Se está proporcionada a via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto após o esgotamento da via judicial. O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial."

23. Artigo 94, alínea 2, frase 2: "Lei federal regula a sua constituição [do Tribunal Constitucional Federal] e o procedimento e determina em que casos as suas decisões têm força de lei. Ela pode tomar o esgotamento prévio da via judicial em pressuposto para os recursos constitucionais e prever um procedimento especial de admissão."

24. a) "na medida em que lhe cabe significado fundamental jurídico-constitucional;"

gum dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental. A violação pode resultar tanto de uma ação como de uma omissão. Desses enunciados normativos decorre o objeto do recurso constitucional como sendo um fazer ou um não-fazer do poder público. Esse, em conexão com o artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental, compreende o âmbito da divisão dos poderes, isto é, os poderes legislativo, executivo e judiciário. O poder público alienígena está a cavaleiro do recurso constitucional.

## 3.1. Poder legislativo

### 3.1.1. Ação

A ação compreende o resultado da legiferação, ou seja, a lei publicada, que figura aqui, tanto no sentido formal como no sentido material. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal admite o recurso constitucional contra o regulamento jurídico e contra o estatuto. A lei aprovatória de tratados ou acordos com estados estrangeiros também submete-se ao recurso constitucional. Da mesma forma, leis modificadoras da Lei Fundamental.<sup>25</sup> O direito consuetudinário e o direito secundário das Comunidades Européias não são alcançados pelo recurso constitucional.

A diferença entre leis pré-constitucionais e leis pós-constitucionais, relevan-

te no controle concreto de normas, carece, nesse ponto, de significado.

### 3.1.2. Omissão

A atitude omissiva do legislador poder ser absoluta ou relativa. Ela é absoluta quando o legislador, em oposição a um mandado constitucional inequívoco, não cumpre o seu dever legislativo, violando, por meio disso, esse seu dever.

Quando o legislador, embora tenha sido ativo, deixa, na sua regulação, um determinado grupo populacional em desconsideração, ocorre a omissão relativa, a qual viola o princípio isonômico, sito no artigo 3º da Lei Fundamental.

Para que a omissão legislativa possa entrar em questão, há mister da existência de um dever à ação, do qual decorre a sua relevância jurídica. O recurso constitucional deve ter por base uma infração de um dever de ação legislativo, o qual encontrou, na parte relativa aos direitos fundamentais ou nas outras prescrições normativas da Lei Fundamental, protegidas pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,<sup>26</sup> a sua especial expressão. Não é somente o direito, mas também o dever do corpo legislativo de promulgar as leis que são necessárias.

Sobre isso, o Tribunal Constitucional Federal mostrou-se hesitante no início:

25. O recurso constitucional, decidido no dia 12 de outubro de 1993, pelo Tribunal Constitucional Federal, foi proposto contra o Tratado de Maastricht. O seu objeto foram a lei modificadora da Lei Fundamental, de 21 de dezembro de 1992, que alterou o artigo 23 da Lei Fundamental, doravante o assim denominado "artigo europeu", e a lei aprovatória, de 28 de dezembro de 1992, do acordo de 7 de fevereiro de 1992 sobre a União Européia.

26. § 90, alínea 1: "Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo poder público, em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental."



"A questão sobre se uma lei deve ser promulgada depende de considerações econômicas, políticas e ideológicas, as quais se subtraem a um controle judicial em geral."<sup>27</sup>

Mais tarde, todavia, mudou de posição, na qual se manteve:

"Se o legislador está constitucionalmente obrigado a efetuar uma ação, isto é, a promulgar uma lei, pode, então, por meio de uma violação ao seu dever de ação, ou seja, por omissão, também violar direitos fundamentais. Se cumpriu apenas parcialmente o mandato constitucional, violando, por esse meio, o princípio isonômico, um recurso constitucional pode, então, amparado pelo artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental, também dirigir-se contra a omissão parcial."<sup>28</sup>

### 3.2. Poder executivo

Objeto do recurso constitucional pode ser qualquer ato administrativo, não importando se federal, estadual ou municipal. Nessa esfera, o recurso constitucional tem uma importância prática restrita, uma vez que o conceito de poder público está centrado no artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental.<sup>29</sup>

A omissão do poder executivo é passível do recurso constitucional, havendo, sobre isso, concordância geral.

### 3.3. Poder judiciário

#### 3.3.1. Decisão judicial e extensão do exame

Com exceção das decisões do próprio Tribunal Constitucional Federal, incluídas aquelas das Câmaras,<sup>30</sup> todas as outras decisões, tanto de tribunais federais como estaduais, inclusive dos tribunais constitucionais estaduais, são objeto do recurso constitucional.

Com respeito à extensão do exame, dois pontos merecem consideração.

O primeiro toca ao tema de o Tribunal Constitucional Federal não ser instância de revisão. Ele contém a questão principal referente à relação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada. A sua significação reside nos aspectos quantitativo e qualitativo: a grande maioria dos recursos constitucionais é proposta contra decisões judiciais, e, nisso, a sua função específica, garantir a atualização dos direitos fundamentais, reconhece-se nitidamente.

O próprio Tribunal Constitucional Federal, todavia, não se configura como uma superinstância de revisão, ao exame judicial irrestrito das decisões dos outros tribunais, até porque o recurso constitucional não é um recurso suplementar para o procedimento relativo aos tribunais

especializados. A formação do processo, a fixação e apreciação do fato típico, a interpretação do direito ordinário e a sua aplicação ao caso concreto são questões dos tribunais para isso competentes, subtraindo-se ao exame posterior por meio do Tribunal Constitucional Federal. Ele também não verifica se essas decisões são "corretas" do ponto de vista do direito ordinário. A fundamentação da sentença, em princípio, não se presta ao exame.

O critério lindeiro foi concebido pelo Tribunal Constitucional Federal sob a fórmula do "Direito Constitucional específico": o controle circunscreve-se à não-observância dos direitos fundamentais, à verificação sobre se os tribunais violaram, na interpretação, a aplicação do direito ordinário, o Direito Constitucional e, especialmente, se desprezaram a proibição de arbitrariedade (artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental). A atividade corretiva do Tribunal Constitucional Federal somente é possível quando o resultado interpretativo judicial especializado transpassa os limites estabelecidos pela Lei Fundamental, principalmente quando não é possível acordá-lo com o significado e o alcance do direito fundamental à liberdade pessoal, ou quando é simplesmente insustentável e, com isso, arbitrário.

O segundo ponto afeta a posição da doutrina. Embora a literatura especializada se tenha ocupado com a questão sobre a extensão do exame, apresentando reflexões crítico-sugestivas, não chegou, todavia, a um esclarecimento satisfatório. Isso indica uma prova a favor da concepção que argumenta no sentido de a função do Tribunal Constitucional Federal como guarda da

constituição e como órgão supremo à realização dos direitos fundamentais exigir, conforme a época, o ramo jurídico e o tribunal controlado, critérios de exame diferenciados. Os limites da verificação posterior das decisões judiciais especializadas por meio do Tribunal Constitucional Federal não se deixam, portanto, traçar como rígidas e imutáveis.

#### 3.3.2. Procedimento judicial

Ao recurso constitucional também estão submetidos os procedimentos judiciais, que, junto com a sua organização, são instrumentos que permitem realizar e assegurar os direitos fundamentais. A questão relativa à organização e ao procedimento judicial como apoio dos direitos fundamentais revela uma das mais importantes tendências na recente interpretação dos direitos fundamentais. O exame do Tribunal Constitucional Federal tem, aqui, uma extraordinária extensão, onde se desvanecem as limitações pertinentes ao exame das decisões judiciais.

#### 3.3.3. Fundamento do recurso constitucional

No exame das decisões judiciais, motivado pelo recurso constitucional, pode esse recurso ter a sua fundamentação jurídica nos aspectos seguintes: a decisão está diretamente erigida sobre uma violação ou falsa interpretação de direitos fundamentais ou de direitos àqueles equiparados pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal; a decisão descansa sobre uma norma infratora de direitos fundamentais; a decisão firma-se numa norma que, embora não viole normas de direitos fundamen-

27. BVerfGE 1, 97 (101), de 19 de dezembro de 1951.

28. BVerfGE 6, 257 (264), de 20 de fevereiro de 1957.

29. Artigo 19, alínea 4: "Se alguém é violado em direitos por meio do poder público, então, está-lhe aberta a via judicial. Na medida em que outra competência não está estabelecida, é oferecida a via judicial ordinária. Artigo 10, alínea 2, frase 2, fica íntata."

30. De acordo com o § 2 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, o Tribunal Constitucional Federal é composto de dois Senados, de oito juizes constitucionais, cada (alínea 2). E, segundo o § 15a, alínea 1, frase 1, da lei mencionada, os Senados convocam, obrigatoriamente, várias Câmaras para o período do ano civil; cada Câmara constitui-se de três juizes constitucionais (frase 2).

tais ou de outros direitos protegidos pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, é, entretanto, por outras razões, inconstitucional; a decisão, conquanto apoiada numa lei constitucional, viola, por meio da sua aplicação imediata, direitos fundamentais ou direitos equivalentes, insertos no § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

Em relação ao recurso constitucional dirigido contra procedimentos judiciais, o embasamento legal configura-se nestas prescrições da Lei Fundamental: artigo 101, alínea 1, frase 2,<sup>31</sup> artigo 103, alínea 1,<sup>32</sup> artigo 104 e artigo 19, alínea 4.

### 3.3.4. Omissão judicial

A omissão judicial também pode ser impugnada por meio do recurso constitucional. Da mesma forma como na omissão executiva, também a omissão judicial como objeto do recurso constitucional é uma questão pacífica.

## 4. Critério normativo

No tocante ao recurso constitucional, o critério normativo está situado nos direitos fundamentais do artigo 93, alínea 1, número 4a, da Lei Fundamental, e nos direitos de igual categoria do § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Esses enunciados normativos contêm uma previsão taxativa. Outros direitos não se prestam ao critério normativo, como, por exemplo, as regras gerais do Direito Internacional Público, a Declaração dos Direi-

tos Humanos das Nações Unidas, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os direitos fundamentais estaduais.

## 5. Faculdade para promover o recurso constitucional

Duas são as exigências para haver a faculdade de propor o recurso constitucional, as quais têm procedência diversa: uma advém da jurisprudência constitucional e a outra decorre de mandamento normativo.

O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu em sua jurisprudência a fórmula da violação "pessoal, presente e direta". Numa de suas primeiras decisões, o tribunal restringiu essa fórmula ao âmbito da lei. Mais tarde, entretanto, estendeu-a a todas as ações do poder público, valendo também para as omissões.

A violação presente requer que o promovente prove que está sendo violado pessoalmente em seus direitos fundamentais ou a esses equiparados. O ponto decisivo está na interferência da ação na protegida esfera jurídica do promovente. Nesse aspecto, o recurso constitucional se diferencia da ação popular, exemplificadamente da ação popular bávara.

A violação presente significa uma violação atual e não "virtual" ou futura. A condição de estar sendo violado não é a de "poder ser violado".

Enfim, a violação direta tem sua relevância prática quando o recurso consti-

tucional está dirigido contra uma lei. Alguém está "diretamente" afetado por meio de uma lei quando, sem a intercalação de outro ato do poder público, deve observá-la e cumpri-la. Alguém está "indiretamente" afetado quando a lei apresenta, primeiro, uma autorização de atuação ao poder público, da qual, por sua vez, resultará a intervenção nos direitos fundamentais do afetado. A violação indireta envolve atos de execução, havendo, em decorrência, antes, a necessidade do esgotamento das vias judiciais.

Segundo o § 90, alínea 2, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, e o artigo 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental, o esgotamento prévio das vias judiciais é um dos pressupostos processuais mais importantes do recurso constitucional. Nessa conexão devem ser considerados a posição do artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental, e o princípio da subsidiariedade.

O recurso constitucional, consoante com o artigo 93, alínea 1, número 4a, da Lei Fundamental, ultrapassa a garantia da via judicial oferecida pelo artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental. Os atos do poder público deste não compreendem aqueles do poder judiciário e aqueles do poder legislativo. Sobrevém, em consequência, a questão de se saber quais são as vias judiciais a serem esgotadas. Em relação às medidas do poder executivo, há o artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental, além delas estarem submetidas, em grandes proporções, ao controle judicial-administrativo. No que toca às decisões judiciais, existem a apelação e o recurso de cassação. Em

pertinência às leis em sentido formal, carece o ordenamento jurídico de vias judiciais.

O princípio da subsidiariedade, considerado atualmente como o desenvolvimento judicial mais importante do direito processual constitucional, foi resumido pelo Tribunal Constitucional Federal em duas considerações que o fundamentam, na BVerfGE 49, 252 (258):

"O princípio da subsidiariedade, que encontrou a sua expressão no § 90, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, ancorado no artigo 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental (BVerfGE 42, 243 (249)), tem por base duas ponderações: o próprio promovente deve, em primeiro lugar, empenhar-se para remover, na prossecução de instâncias, uma possível violação de direitos fundamentais. Ele está obrigado, por princípio, à esgotadura recursal; somente então pode recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Por outro lado, o esgotamento das vias judiciais não é apenas um pressuposto processual; o princípio da subsidiariedade contém, ao mesmo tempo, um fundamental enunciado sobre a relação dos tribunais especializados com o Tribunal Constitucional Federal. Segundo a distribuição de competências da Lei Fundamental, incumbe aos tribunais, em primeiro lugar, a tarefa de defender e de realizar os direitos fundamentais. (...) Ao preceito do esgotamento das vias judiciais corresponde o dever dos tribunais de, eles próprios, removerem, na prossecução de instâncias, uma possível infração de direitos fundamentais."

31. Artigo 101, alínea 1, frase 2: "Tribunais de exceção são inadmissíveis. Ninguém deve ser privado de seu juiz natural."

32. Artigo 103, alínea 1: "Diante do tribunal qualquer pessoa tem o direito de ser ouvida."

Em decisões posteriores o Tribunal Constitucional Federal continuou ratificando a segunda ponderação. A primeira, entretanto, foi precisada: o princípio da subsidiariedade exige que o promovente, ultrapassando a regra do esgotamento das vias judiciais no sentido estrito, aproveite as possibilidades processuais à sua disposição para obter uma correção da violação alegada de direitos fundamentais ou impedir uma violação de direitos fundamentais. Esta precisão foi circunscrita dentro dos limites do exigível.

O § 90, alínea 2, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, todavia, admite que o Tribunal Constitucional Federal pode desconsiderar a exigência do esgotamento das vias judiciais quando o recurso constitucional é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial.

## 6. Legitimados à propositura do recurso constitucional e prazo

A expressão "qualquer pessoa", do § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, refere-se aos titulares de direitos fundamentais, que podem ser tanto pessoas naturais como pessoas jurídicas e associações carentes de personalidade jurídica.

Sob pessoas naturais são compreendidos tanto os nacionais como os estrangeiros.

No tocante às pessoas jurídicas, aquelas de direito privado não oferecem

dificuldades. Elas existem em relação às pessoas jurídicas de direito público. Na medida que estas desempenham tarefas públicas, não dispõem do recurso constitucional. Situação diversa existe quando se deve agregar diretamente às pessoas jurídicas de direito público o âmbito vital protegido pelos direitos fundamentais. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal tem considerado como legitimados à propositura do recurso constitucional, as universidades, as faculdades e as emissoras de radiodifusão.

Associações carentes de personalidade jurídica são, por exemplo, as sociedades civis e comerciais e os partidos políticos, aos quais se reconheceu a legitimidade para a propositura do recurso constitucional.

A propositura do recurso constitucional cinge-se, em princípio, ao prazo de um mês, dentro do qual o recurso também deve ser fundamentado.

Se a não-observância mensal desse prazo mensal decorre porque o promovente estava, sem culpa, impedido, deve ser-lhe concedido, então, o restabelecimento.

Quando o recurso constitucional tem por objeto uma lei ou um outro ato do poder público, o prazo para a propositura é de um ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato do poder público. Nesse caso, o restabelecimento não é mais possível.

No caso de omissão legislativa, não há prazo durante a sua permanência. A partir da sua cessação, aplicar-se-á a alínea 1 ou 3 do § 93 da Lei sobre o Tribunal Cons-

titucional Federal,<sup>33</sup> em consonância com a situação concreta.

## 7. Pressupostos da admissão do recurso constitucional

O recurso constitucional requer, para a decisão, admissão. Na alínea 2 do § 93a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, encontram-se os critérios que, presentes, obrigam a admissão do recurso constitucional.

### 7.1. Significado fundamental jurídico-constitucional

Na medida em que ao recurso constitucional corresponde significado fundamental jurídico-constitucional, ele deve ser admitido. À letra a, da alínea 2, do § 93a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal vincula-se a função objetiva do recurso constitucional. Por meio dessa prescrição evidencia-se a função essencial da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não só para a administração e jurisprudência, como também para o legislador, ou seja, a interpretação vinculatória da Lei Fundamental e o destaque de linhas diretas para os futuros modos de proceder. O significado fundamental jurídico-constitucional também traduz a possibilidade de o Tribu-

nal Constitucional Federal rever a sua jurisprudência, contra a qual houverem sido levantadas objeções qualificadas.

### 7.2. Indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal

A verificação dos pressupostos da admissão é alternativa, isto é, se ao recurso constitucional não corresponde significado fundamental jurídico-constitucional, analisa-se, então, se há a indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. O fundamento da indicação é, aqui, objetivo (importância objetiva).

### 7.3. Indicação de um especial prejuízo grave

No exame dos pressupostos da admissão, a indicação também pode configurar-se por meio de um especial prejuízo grave ao promovente. O fundamento da indicação é, aqui, subjetivo (importância subjetiva). No § 93a, alínea 2, letra b, segunda parte da frase, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, situa-se a função subjetiva do recurso constitucional.

33. § 93, alínea 1: "O recurso constitucional deve ser proposto e deve ser fundamentado dentro de um mês. O prazo inicia com a notificação ou comunicação informal da decisão redigida em forma completa, quando ela, consoante às prescrições jurídico-processuais determinadoras, deve ser realizada de ofício. Nos outros casos o prazo inicia com a proclamação da decisão ou, quando ela não deve ser proclamada, com a sua comunicação diversa ao promovente; se, nisso, não for dado ao promovente uma cópia da decisão em forma completa, o prazo da primeira frase, por meio disso, então, será interrompido a fim de que o promovente solicite, por escrito ou no protocolo da secretaria, a dação de uma decisão redigida em forma completa. A interrupção persiste até quanto a decisão em forma completa for dada ao promovente pelo Tribunal Constitucional Federal ou lhe for remetida, de ofício ou por uma das partes no procedimento." alínea 3: "Se o recurso constitucional dirige-se contra uma lei ou contra um outro ato de poder público, contra o qual não há via judicial aberta, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto dentro de um ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato de poder público."

## 8. Decisão sobre o recurso constitucional

### 8.1. Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma decisão

A decisão do § 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,<sup>34</sup> compreende qualquer medida do poder público, que pode ser objeto do recurso constitucional, em consonância com o § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Assim, decisão não é apenas sentença judicial, mas também o ato administrativo. A sentença é infirmada, total ou parcialmente, e remetida a um tribunal competente. O ato administrativo também é infirmado.

### 8.2. Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma lei

De acordo com o § 95, alínea 3, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,<sup>35</sup> quando o recurso constitucional, que foi dirigido contra uma lei, for deferido, o Tribunal Constitucional Federal deve declarar essa lei nula. A respectiva decisão tem caráter declaratório, com efeito *ex tunc*. A lei da qual se decidiu não mais pode ser aplicada pelos tribunais e pela administração e o cidadão não precisa cumpri-la.

O Tribunal Constitucional tem, todavia, elaborado outras fórmulas decisórias, que são, também nesse caso, aplicadas.

### a. Nulidade parcial

#### aa. Nulidade parcial quantitativa

Dela se trata quando a declaração de nulidade recai sobre um parágrafo, alínea, frase, parte da frase, palavra ou parte da palavra.

#### bb. Nulidade parcial qualitativa

Essa ocorre quando o âmbito de aplicação da lei inferior, que viola a lei superior, é restringido ou ampliado, sem haver redução do texto normativo. Ela incide sobre constelações de casos, ou seja, parte da lei é nula em relação a determinados casos de aplicação.

### c. Declaração de incompatibilidade

Quando o Tribunal Constitucional Federal chega à convicção de que uma lei (ou parte de uma lei) viola a Lei Fundamental, ele a declara incompatível com a Lei Fundamental, sem, todavia, afirmar a sua nulidade.

A declaração de incompatibilidade justifica-se quando, por meio de uma declaração de nulidade seria configurado um estado que situar-se-ia ainda mais distante da ordem constitucional do que a regulação inconstitucional. Ela também é admissível quando ao legislador estão dadas várias possibilidades de afastar a violação constitucional e a declaração de nulidade for uma intervenção na liberdade de conformar do legislador.

Em regra, a declaração de incompatibilidade tem o efeito segundo o qual os tribunais e a administração estão impedidos de aplicar a lei objetada, devendo aguardar, com o procedimento pendente, a nova regulação do legislador. Excepcionalmente, porém, o Tribunal Constitucional Federal admite valha a lei declarada incompatível com a Lei Fundamental durante um período transitório, isto é, até haver a feitura de uma nova pelo legislador.

Outro consectário da declaração de incompatibilidade de uma lei com a Lei Fundamental está no dever do legislador, que é expressado, em modificar a lei assim declarada, a fim de conciliá-la com a Lei Fundamental. Por meio dessa consequência, a declaração de incompatibilidade diferencia-se da declaração de nulidade: nesta, o próprio Tribunal Constitucional Federal remove a violação constitucional e, naquela, a remoção da violação constitucional é dever do legislador.

### d. A lei "ainda constitucional" e o assim denominado "apelo ao legislador"

Uma "decisão apelo" configura-se quando o Tribunal Constitucional Federal, no exame de uma lei, constata defeitos jurídico-constitucionais mas, em razão de interesses e pontos de vista prioritários, jurídico-constitucionais relevantes (ainda) não declara a lei incompatível com a Lei Fundamental, senão notifica o legislador, nos fundamentos da decisão, a, em breve, remover o defeito jurídico-constitucional reconhecido. O prazo para o cumprimento do dever legislativo é nuançado: ora vai até o final da legislatura, ora não tem uma data-limite determinada.

Na base das "decisões-apelo" estão considerações pragmáticas, em resposta ao "tornar-se inconstitucional" de uma lei, cuja sucessão está vinculada às mudanças das relações fáticas havidas no tempo da sua entrada em vigor.

### e. Interpretação conforme a constituição

A interpretação conforme a constituição não é apenas uma regra de interpretação, uma vez que ela concretiza, ao mesmo tempo, um princípio do direito processual constitucional, segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula se é possível interpretá-la de acordo com a constituição. Esse "acordo" não só existe quando a lei admite uma interpretação sem a atração dos pontos de vista constitucionais, como, também, pode ser estabelecido por meio de determinação de um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei por via de conteúdos constitucionais.

Sob o aspecto diferenciador, enquanto na nulidade parcial qualitativa declaram-se determinados "casos de aplicação" como incompatíveis, na interpretação conforme a constituição declaram-se determinadas "possibilidades de interpretação" como incompatíveis.

Como tarefa, a interpretação conforme a constituição cabe não somente ao Tribunal Constitucional Federal, mas a todos os tribunais, máxime no controle normativo.

A sua justificação encontra-se, sobretudo, na unidade do ordenamento jurídico. O outro argumento justificador situa-se na presunção da validade da lei (o *favor legis*).

34. § 95, alínea 2: "Se o recurso constitucional contra uma decisão for deferido, o Tribunal Constitucional Federal, então, infirma essa decisão e nos casos do § 90, alínea 2, frase 1, remete a causa a um tribunal competente."

35. § 95, alínea 3, frase 3: "Se o recurso constitucional contra uma lei for deferido, essa lei deve, então, ser declarada nula. O mesmo vale quando o recurso constitucional for deferido conforme a alínea 2, porque a decisão infirmada funda-se sobre uma lei inconstitucional. A prescrição do § 79 vale por analogia."

## f. Interpretação orientada pela constituição - diferença

Essa expressão, que o Tribunal Constitucional Federal não emprega, significa: no procedimento de aplicação de uma norma, cuja constitucionalidade não está questionada, que permite possibilidades de interpretação, deve-se escolher aquela interpretação que está mais próxima da constituição. Ela serve para otimizar os postulados constitucionais na decisão do caso concreto e tem contribuído para o desenvolvimento do direito vigente em direção à realização dos direitos fundamentais e à efetivação de exigências referentes ao Estado de Direito.

### 8.3. Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma omissão legislativa

#### 8.3.1. Omissão legislativa absoluta

Na medida em que uma norma inexistente não pode ser declarada nula, resta a alternativa da declaração de incompatibilidade da omissão. Na prática, entretanto, isso não tem ocorrido.

O Tribunal Constitucional Federal tratou, por meio do procedimento do recurso constitucional, da omissão legislativa absoluta, referente ao artigo 6º, alínea 5, da Lei Fundamental,<sup>36</sup> na BVerfGE 25, 167. O objeto do recurso constitucional, entretanto, não foi a omissão legislativa, senão uma sentença a ela vinculada, cuja pronúncia fora feita pelo tribunal estadual de primeira instância, sito em Kiel. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal frisou,

primeiro, que essa prescrição de direito fundamental contém um encargo (obrigatório) ao legislador, cuja execução não está ao seu livre alvedrio. Ele está, antes, obrigado a cumprir a promessa declarada na citada norma fundamental e viola a constituição, se omite, dentro de um prazo razoável, a execução do mandado constitucional ou promulga leis que não correspondem ao mandamento constitucional.

Em seguida, o Tribunal Constitucional Federal ocupou-se com um problema, decisivo para o caso: se, tendo em vista o ainda não cumprimento desse mandado constitucional pelo legislador, essa prescrição constitucional ganha, então, validade imediata no sentido de derrogar aquelas determinações consagradas do direito ordinário que são incompatíveis com a decisão valorativa constitucional, e, se a lacuna daí advinda pode ser coberta pelo juiz por meio de interpretação jurídica criadora, com fundamento no artigo 6º, alínea 5, da Lei Fundamental, enquanto o legislador não age. Ambas as questões receberam resposta positiva: seria incompatível com o caráter de direito fundamental da prescrição e com sua estreita relação referente a valores centrais da ordem constitucional, acreditar que a constituição quis contentar-se fosse o referido artigo, em sua significação perante as prescrições consagradas contrárias do direito ordinário, apenas um mero princípio programático. Antes, tem de se partir do fato de que, nesse caso, a vontade da constituição, se e desde que isso seja possível, deve ser realizada pelo poder judiciário no âmbito a ele acessível.

Em referência, o Tribunal Constitucional Federal observou ainda que isso não viola o princípio da separação dos poderes, porque a dilatação funcional do poder judiciário, decorrente da inatividade do legislador, tem apenas uma natureza subsidiária: ao legislador está disponível, em qualquer tempo, chamar novamente a si o cumprimento do mandado constitucional, que está, em primeiro lugar, a ele endereçado, e concretizá-lo em consonância com as suas concepções.

As considerações dos dois últimos parágrafos, o Tribunal Constitucional Federal já as fizera quando cuidou da omissão legislativa absoluta pertinente ao artigo 117, alínea 1,<sup>37</sup> conecto com o artigo 3º, alínea 2, ambos da Lei Fundamental,<sup>38</sup> na BVerfGE 3, 225.

#### 8.3.2. Omissão legislativa relativa

Assim como na omissão legislativa absoluta, também aqui a declaração de nulidade da omissão legislativa relativa está excluída. Permanecem, então, como modalidades a declaração de nulidade, a declaração de incompatibilidade da lei (ou parte da lei) e a declaração de incompatibilidade da omissão. Esta, também nesse âmbito, não tem sucedido.

Em decorrência de a omissão legislativa relativa possuir a sua relevância em confronto com o princípio isonômico, cuja violação, por sua vez, pode ser diretamente questionada por meio do recurso constitucional, é importante assinalar como

o Tribunal Constitucional Federal tem avaliado, no procedimento relativo ao referido recurso, expressamente, na parte dispositiva da decisão, a lei infratora do princípio isonômico. As fórmulas seguintes foram aplicadas: declaração de nulidade quantitativa, declaração de nulidade qualitativa e declaração de incompatibilidade.

## 9. Custas e taxas

A alínea 1 do § 34 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal diz que o procedimento do Tribunal Constitucional Federal é gratuito. Entretanto, expressa a alínea 2 do parágrafo mencionado: uma taxa de até cinco mil marcos alemães pode, todavia, ser imposta pelo Tribunal Constitucional Federal se a propositura do recurso constitucional ou do recurso consoante ao artigo 41, alínea 2, da Lei Fundamental, apresenta um abuso, ou quando um pedido para a decretação de uma medida cautelar (§ 32) está proposta de modo abusivo.

## VII. Conclusão

Os direitos fundamentais, no contexto aqui trabalhado, revelam-se não como programas, a livre disposição, senão como decisões valorativas fundamentais da Lei Fundamental que, por uma lado, enformam e determinam, em grande medida, a ordem democrática e estatal-jurídica por ela mesma instituída e, por outro, limitam e, não menos, orientam a atividade do poder estatal.

37. Artigo 117, alínea 1: "O direito contrário ao artigo 3º, alínea 2, permanece em vigor até a sua adaptação a essa prescrição, todavia, não além do dia 1 de março de 1953."

38. Artigo 3º, alínea 2: "Homens e mulheres gozam dos mesmos direitos."

36. Artigo 6º, alínea 5: "Aos filhos ilegítimos devem ser estabelecidas, por meio da legislação, as mesmas condições para o seu desenvolvimento físico e espiritual e para a sua situação na sociedade como para os filhos legítimos."

Além disso, o meio de proteção jurídico-constitucional, dado pela Lei Fundamental pelo recurso constitucional, serve para a atualização e realização dos direitos fundamentais, que encontram na Lei Fundamental tanto a sua sede material como o ponto de partida dos órgãos aplicadores do direito, cuja esfera de abstração encontra seus limites extremos na unidade da ordem jurídica, simultaneamente, também contextualizada e condicionada cultural e socialmente, o que possibilita primeiro a essa unidade ganhar realidade por construção,

manutenção e defesa por meio de averiguação e circunscrição racional, que interessa à Constituição.

A expressão disso encontra-se, por exemplo, no desenvolvimento realizado pela jurisprudência do preceito da proporcionalidade. A sua relação com o princípio do Estado de Direito foi estabelecida por dedução, ou seja, argumentativamente; assim também foi trabalhada, cada vez, a sua relação com determinados fatos dados, ordenados diversamente pela ordem jurídica.

## Los Procesos a Distancia y Otros Modos de Cooperación Judicial Internacional en el Mercosur<sup>(\*)</sup>

*Maria Blanca Noodt Jaquela*

Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Morón. Profesora de cursos de Posgrado de Derecho del Comercio Internacional de la Universidad de Buenos Aires.

### I. La Cooperación Judicial Internacional en el Mercosur

**D**esde sus comienzos el Mercosur se ha ocupado de regular la cooperación judicial internacional, regulación que se encuentra fundamental, pero no exclusivamente, contenida en el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto en Las Leñas, el 27 de junio de 1992, y en el Protocolo de Medidas Cautelares, firmado en Ouro Preto el 17 de diciembre de 1994<sup>1</sup>, aprobados por Argentina por leyes 24.578 y 24.579

respectivamente y ratificados ambos por Argentina, Brasil y Paraguay.

Nos proponemos analizar en esta exposición algunos aspectos particulares de la cooperación internacional, ya que existen normas del Mercosur que prevén modos particulares de cooperación internacional, como el **proceso a distancia** previsto en el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, firmado en Fortaleza el 17 de diciembre de 1996, C.M.C. dec. 10/96.

El proceso a distancia aparece también en el Protocolo de Medidas Cautelares de 1994, que contempla **otros modos de cooperación internacional**.

\* Publicado en *El Derecho Procesal en el Mercosur. Libro de Ponencias. Santa Fe, Octubre de 1997*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1997, págs. 327-337.

1. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo *Un instrumento para la integración jurídica regional. El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, aprobado en Las Leñas, República Argentina, el 27 de junio de 1992*, en VAZQUEZ, María Cristina "Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur", Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, págs. 135/163; TELLECHEA BERGMAN, Eduardo *Panorama de los Protocolos del Mercosur sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional*, en "Del Mercosur. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones Intercomunitarias.", Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1996, págs. 187/241.